



Reflexos da ausência do prejuízo material na configuração do crime de peculato

Autor: André de Souza Fischer

Juiz Federal

publicado em 27.06.2014

 [\[enviar este artigo\]](#)

 [\[imprimir\]](#)

Resumo

O presente trabalho procura estabelecer, partindo das definições do crime de peculato, dos bens que visa a tutelar a norma incriminadora de tal conduta e da abordagem de situações concretas, a necessidade ou não de haver um efetivo prejuízo material para que se caracterize o delito, inclusive no que tange à aplicação do princípio da insignificância.

Palavras-chave: Peculato. Tutela. Administração Pública. Prejuízo material. Ausência. Configuração do crime. Princípio da insignificância.

Sumário: Introdução. 1 O crime de peculato e sua tutela. 1.1 Elementos do tipo. 1.2 A proteção à Administração Pública. 2 Prejuízo material como pressuposto ou não do delito. 2.1 Dano material no peculato-apropriação e no peculato-furto. 2.2 Dano material no peculato-desvio. 2.3 Princípio da insignificância. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

O objetivo do presente trabalho é abordar a importância e a influência que o prejuízo material exerce na configuração do crime de peculato.

Em época em que a sociedade brasileira cobra cada vez mais uma postura ética, moral e legalmente correta por parte dos agentes públicos, também se destacam, na mesma proporção, os delitos praticados por esses, na maioria das vezes tendo como vítima a própria sociedade, representada por meio da figura da Administração Pública.

Dentre os delitos que são cometidos contra o Estado, um dos mais lesivos é o peculato, fato que se traduz na própria pena cominada, de dois a doze anos de reclusão, além de multa.

O crime aludido possui diferentes modalidades, o que significa que condutas nem sempre similares faticamente possam acabar caracterizando sua existência.

No campo do processo penal, procura-se, invariavelmente, por provas da materialidade do crime, elemento indispensável a uma condenação, quando aquele existir. Isso implica, muitas vezes, especificamente no caso do delito em tela, a solicitação de diversas diligências relacionadas ao próprio prejuízo econômico ou, em uma concepção maior, prejuízo material, que, por sua vez, costuma estar atrelado ao prejuízo sofrido pela vítima.

Conforme o tipo de peculato de que se esteja tratando, porém, é preciso ver se o prejuízo material é algo indispensável à configuração do crime. Embora, em tese, a distinção possa parecer simples, na prática não é raro que a falta da prova de tal prejuízo enseje a prolação de decisões judiciais absolutórias, ou mesmo de não instauração da ação penal.

Assim, pretende-se abordar tais conceitos e se estabelecer algum norte para diferenciação da indispensabilidade do prejuízo material à caracterização do

delito.

O tema será abordado levando em conta essencialmente as normas de Direito Penal sobre o assunto, sem prejuízo das interpretações doutrinária e jurisprudencial atinentes a determinados tópicos.

1 O crime de peculato e sua tutela

Dispõe o *caput* do artigo 312 do Código Penal que peculato é o crime que ocorre mediante as seguintes condutas: apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio. Há, ainda, uma outra modalidade, a culposa, prevista no § 2º do mesmo artigo.(1)

1.1 Elementos do tipo

Embora nem sempre o sujeito ativo do delito seja funcionário público no sentido estrito, haja vista o conceito amplo de funcionário público por equiparação que usa o Código Penal, por meio do seu artigo 327,(2) é certo que a principal preocupação do legislador foi a de tutelar a Administração Pública em relação aos crimes praticados por agentes que integram a sua própria estrutura, até porque são a maioria das pessoas abarcadas pela definição acima aludida.

Sujeito passivo do crime, conforme já dito, é a Administração Pública. Nas palavras de Paulo José da Costa Junior (1991, p. 649), "é a União, o Estado-membro, a entidade paraestatal ou a autarquia".

A objetividade jurídica do peculato é a defesa não só do patrimônio do ente público, mas também a moralidade, a probidade, a observância correta dos deveres do funcionário que o integra, embora nem sempre o funcionário que cometa o crime esteja vinculado à pessoa jurídica vítima ou até mesmo à Administração com vínculo efetivo, conforme anteriormente visto.

A objetividade material é, nos termos da lei, o dinheiro, valor ou bem móvel. Ensina Paulo José da Costa Junior (1991, p. 650) o motivo da especificação do dinheiro como objeto do delito, já que isso poderia ser incluído no conceito de bem móvel:

"Tendo a lei penal feito referência expressa ao bem móvel, poderia ter-se dispensado de mencionar o dinheiro. Fê-lo, contudo, para impedir que se sustentasse que o peculato haveria de ter por objeto somente coisa infungível. Prática, pois, peculato o funcionário que se apropria de dinheiro público de que tem a posse, ainda que o faça temporariamente, disposto a repô-lo."

As modalidades do peculato doloso são três: a) peculato-apropriação; b) peculato-desvio; c) peculato-furto.

Na forma de apropriação, o crime está relacionado à inicial posse legal do objeto, semelhantemente ao que ocorre com o crime de apropriação indébita. Também como ocorre nesse, a partir de uma posse devida, decide o agente tomar como seu o bem que estava conferido em seu poder. Diferentemente, porém, da apropriação indébita, além da qualidade da vítima, aqui sempre figurando em tal posição o ente público (ainda que eventualmente particulares possam ser lesados conjuntamente), é importante que a posse recaia sobre aquela pessoa em função da natureza do cargo que ocupa, dotado de algum vínculo com o serviço público.

Em relação à modalidade de peculato-desvio, embora a posse do bem também seja relevante e deva ocorrer nas mesmas circunstâncias citadas em relação ao peculato-apropriação, aqui a consequência do agir do sujeito praticante do crime não é se apoderar da coisa, e sim alterar o seu uso para outra finalidade diversa daquela para a qual deveria servir o órgão da Administração. Não há a mesma semelhança que se viu antes em relação à apropriação indébita, tratando-se de um agir que visa precipuamente a tutelar típicas características e deveres do serviço público, tais como probidade, legalidade e moralidade. Isso porque o mais importante é o uso indevido e diverso do bem (público, em regra), em proveito próprio ou alheio. Aprofundar-se-á tal ponto futuramente.

Por fim, no que tange ao peculato-furto, as semelhanças maiores são com o

crime de furto, como o próprio nome já refere. Nessa forma do crime, parecida com a primeira antes abordada, o que mais o caracteriza e distingue das demais é que a posse não vem ao agente legalmente, ele subtrai ou concorre para que se subtraia o dinheiro, valor ou bem que está a serviço do patrimônio público ou o integra.

O elemento subjetivo das modalidades aludidas é o doloso. Pode-se separá-lo aqui em duas fases distintas: a) dolo genérico de apropriação, furto ou desvio; b) dolo específico de se obter proveito, para si ou para terceiro. Então, em um primeiro momento, o que importa é saber se o sujeito ativo pratica a conduta de forma livre e consciente, querendo ou aceitando produzir o resultado. Já em outra etapa da análise do elemento volitivo, faz-se necessária a identificação de uma finalidade específica na ação praticada, atinente ao benefício causado para si próprio ou para terceiro. Benefício esse que geralmente está atrelado à ideia de alguma vantagem econômica, um benefício material.

Conforme já referido, existe ainda uma outra forma do crime, culposa, que abarca as três formas de ação do peculato doloso mencionadas, porém tratando da concorrência culposa de um funcionário público para que aquelas ocorram. Enfim, é o agente que, por negligência, imprudência ou imperícia, permite que se consuma o crime do artigo 312 do Código Penal praticado por terceiro.

Sobre a consumação do crime, abordarei o tema mais adiante, por estar diretamente atrelado ao desenvolvimento deste trabalho.

1.2 A proteção à Administração Pública

Conforme visto, o peculato tem como vítima a Administração Pública e visa a proteger precipuamente a legalidade, a moralidade e a probidade administrativa. Embora vários princípios inerentes à Administração Pública estejam direta ou indiretamente relacionados e protegidos quando se incriminam condutas que configuram o peculato, é importante destacar alguns.

A legalidade diz respeito a se fazer somente o que está em lei. Não pode o administrador agir em desacordo com essa, pois a legitimidade de sua conduta decorre essencialmente da obediência às normas que regem as relações inerentes à sociedade. No crime em questão, adquire importância sob ótica de determinada conduta que possa vir a ser prejudicial à Administração. O enfoque, aqui, não é necessária ou precipuamente o da proteção do cidadão contra um ato do agente público desprovido de amparo legal, e sim o de proteger o próprio corpo estatal de atividades que sejam praticadas contra si por seus integrantes (no sentido lato do artigo 327 do CP já abordado). É claro que, reflexamente, o próprio particular-administrado também acaba sendo protegido com isso, mas a colocação da vítima do crime como sendo o órgão estatal já denota que a principal importância é a de evitar que algum de seus componentes lhe prejudique violando normas legais, ou mesmo morais, que devem ser observadas.

A moralidade está ligada à ideia de boa-fé, de se obedecer à ética, às normas tacitamente aceitas por um grupo maior sem que necessariamente estejam positivadas em atos normativos. Novamente se destaca que essa obediência, para fins de proteção estabelecida pela norma penal em tela, não diz respeito primariamente à conduta da Administração frente ao particular, ou seja, não se perquire prioritariamente a boa-fé, a ética do agente público frente ao cidadão, e sim frente aos próprios deveres inerentes ao seu cargo ou função.

A probidade, que pode ser vista como uma espécie de moralidade, diz respeito à honestidade, à lealdade na conduta do administrador. Embora se trate de princípio objeto de lei própria, que inclusive cuida de infrações de improbidade administrativa, isso em nada afeta a esfera penal. Nesse sentido leciona Juarez Freitas (1997, p. 111):

“Especificamente para reprimir o cometimento da improbidade administrativa, a Lei Maior estabelece, em traços não taxativos – remetendo à forma e à gradação estabelecidas na legislação ordinária, e sem prejuízo da ação penal –, aquelas que devem ser as principais sanções, quais sejam, a suspensão da fruição dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o imprescritível ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º). Vai daí que a

natureza da ação em análise há de ser tida como singularíssima e independente das esferas penal e administrativa [...].”

Embora a proteção à Administração Pública não se resuma necessariamente a estes princípios, são alguns dos que mais se destacam quando se examinam ações que possam vir a se enquadrar no crime em debate.

2 Prejuízo material como pressuposto ou não ao delito

Na análise que se fez anteriormente do peculato e das suas modalidades, bem como dos elementos do tipo, viu-se que o delito envolve bem móvel, dinheiro ou valor, que pertença ao poder público (aí inclusas entidades paraestatais) ou esteja na posse desse. Também se viu que, além do dolo genérico de se apropriar, desviar ou furtar o bem, existe a necessidade do dolo específico relativo a se obter proveito próprio ou alheio com a conduta.

Sobre essa segunda parte do dolo, ou esse segundo dolo, existente nas modalidades do crime de peculato, destaca-se a discussão, sobretudo jurisprudencial, sobre a necessidade do prejuízo material, principalmente econômico, no crime em questão. Segundo Mirabete (1999, p. 1693):

“Não se exige, para a consumação, o prejuízo efetivo para a Administração, embora já se tenha decidido de forma diversa. Diversamente do que ocorre na apropriação indébita, não importa o *animus restituendi*, ainda no caso de ser o agente solvente. A restituição do objeto ou sua apreensão posterior não descaracteriza o delito, podendo aquela constituir causa de redução de pena.”

A partir de ideias como essa, podem-se estabelecer diferentes situações em que o prejuízo material seja importante ou não, conforme a modalidade do crime de que se esteja tratando.

2.1 Dano material no peculato-apropriação e no peculato-furto

No crime de peculato-apropriação, o prejuízo material é algo bastante relativo, pois, independentemente da posterior restituição ou recuperação do objeto, o que, em tese, poderia eliminar o prejuízo material causado pela conduta, o delito remanesce. É verdade, porém, que há doutrina em sentido oposto, como a de Paulo José da Costa Junior (1991, p. 651), que defende que, para a consumação do crime de peculato, precise haver dano patrimonial efetivo. De qualquer forma, em se tratando do peculato-apropriação, desde que se entenda a saída da posse do bem da tutela da Administração Pública (por meio do seu apoderamento feito pelo sujeito ativo) como prejuízo material – algo incontroversamente necessário para caracterização dessa modalidade do crime –, independentemente do posicionamento adotado sobre a questão, o delito estará consumado. Nas palavras do Juiz Federal Marcelo Cardozo da Silva, quando do julgamento da ação penal nº 2008.72.04.002641-8/SC:

“Havendo a apropriação indevida, neste momento incide a figura típica do artigo 312, *caput*, sendo irrelevante, do ponto de vista da tipicidade, uma vez que a norma já incidiu, como serão realizadas as relações de ressarcimento ou compensação posteriores.”

Importante distinguir, aqui, a figura do peculato de uso, atípico, e do peculato-apropriação em que há restituição da coisa fungível. No primeiro caso, pressupondo-se tratar de coisa infungível, tem-se que o agente não tinha em momento algum a intenção de apropriação, e sim do uso temporário do bem, que deve ser infungível para que se possa cogitar sobre a não consumação da apropriação. Quando o bem for fungível, a situação é outra. Nesse caso, haja ou não restituição, ou seja, exista ou não o prejuízo material ao final, o simples uso temporário do bem fungível, como o dinheiro, já caracterizará uma apropriação consumada, haja ou não posterior ressarcimento do valor aos cofres públicos. Nesse sentido, inclusive, existe precedente antigo do Supremo Tribunal Federal.(3)

Entretanto, vale destacar que, eventualmente, a simples apropriação temporária do bem para uso diverso daquele que lhe é ou devia ser conferido pelo fato de integrar ou estar na posse da Administração Pública pode vir a configurar o crime na modalidade de desvio, conforme se verá adiante.

Enfim, no peculato-apropriação, o prejuízo material não parece gerar maiores discussões acerca de sua influência na consumação do crime, desde que se conceba que o uso temporário sem dolo de assenhoreamento da coisa infungível constitui conduta atípica e que, contrariamente, o ato de tomar para si esse mesmo objeto com ânimo definitivo já caracteriza o crime. Além disso, sempre que o bem for de natureza fungível, a sua posse e o seu uso em situação diversa daquela a que é destinado na Administração Pública já poderão caracterizar o crime do peculato-apropriação.

Igual raciocínio pode ser desenvolvido no peculato-furto, em que a saída da posse do bem por parte da Administração Pública para o funcionário que o subtrai ou para quem com ele concorreu para que fosse subtraído já basta para configuração do crime.

2.2 Dano material no peculato-desvio

Se, no peculato-apropriação e no peculato-furto, a questão da posse e do assenhoreamento do bem como se dono fosse por parte do agente público ou por contribuição desse a terceiro facilita um pouco a presença do prejuízo material e diminui relativamente a importância da discussão sobre sua presença ou não para configuração do crime, o mesmo não se pode dizer do crime na modalidade de desvio.

É certo que o desvio, muitas vezes, vai gerar prejuízo material, hipótese em que a cogitação sobre não existir a infração penal será desnecessária. Por exemplo, um funcionário público que direcione determinado recurso financeiro que está em seu poder em razão do cargo para a conta bancária de um particular está desviando dinheiro em benefício econômico de terceiro. Além do desvio em si, esse gera um rombo nos cofres públicos, com repercussão financeira imediata.

Diferente, porém, é, por exemplo, o caso de um agente público chefe de determinada repartição que permite instalação de um terceiro particular e estranho à Administração Pública dentro das dependências físicas daquela, usando telefone, computador, impressora, materiais, enfim, recursos públicos para fins particulares (supondo que as atividades de tal pessoa tampouco tenham qualquer relação com o serviço público). Ainda que se possa argumentar que o uso do telefone e do computador gere um gasto maior, ou que o papel empregado para imprimir algo estranho ao serviço público tenha de ser repostado para que outros possam, enfim, fazer uso correto do material, nem sempre se tratará de algo facilmente mensurável. Para visualizar isso de uma forma ainda melhor, imagine-se, no mesmo exemplo acima, que o particular que recebeu do chefe do órgão a possibilidade de uso da máquina pública ressarcir o gasto com materiais, mas ficou ocupando uma sala que deveria ter sido destinada a servidores, que, por sua vez, tiveram de laborar em outro ambiente, inadequado. Há crime nesses casos?

Não raro se vê a associação do prejuízo material ao delito em tela. Nos últimos exemplos, especialmente o terceiro, certamente quem defende tal ideia diria inexistir crime. Entende-se, porém, que a questão não é tão simples.

Conforme visto, o crime em questão não protege apenas o patrimônio público, mas também princípios inerentes aos deveres de quem ocupa um cargo ou função pública. Esses princípios não são dotados de valoração específica, não podem ser quantificados. Comumente, então, poderão ser violados sem que exista um prejuízo econômico ou mesmo material para a Administração.

O fato de haver norma que puna, por exemplo, a improbidade administrativa,⁽⁴⁾ ou mesmo os servidores públicos que descumpram seus deveres,⁽⁵⁾ não justifica que se relegue somente ao plano administrativo a repressão do agente público.

Outra objeção que se poderia levantar para não se punir o sujeito ativo de condutas lesivas a deveres do servidor, mas não necessariamente ao patrimônio público, seria a de que o tipo penal em questão exige proveito próprio ou alheio. Quanto a isso, não se enxerga razão para que se confunda **proveito** com **proveito econômico**. Suponha-se, por exemplo, que um terceiro que use determinada repartição pública indevidamente por permissão do chefe do setor/órgão, nos moldes anteriormente exemplificados, faça isso para denotar

alguma oficialidade em seu agir, ou seja, reforce a outros que o vejam naquela condição que sua atividade de alguma forma estaria ligada ao órgão público em que se instalou. Não há, nisso, proveito econômico direto, e sim um proveito moral, um prestígio, mas não um ganho financeiro do terceiro com tal agir. Inegavelmente, contudo, o desvio de bens móveis da Administração foi procedido, em benefício de um terceiro e com finalidade completamente estranha à Administração Pública.

Importante citar, também, lição da Juíza Federal Ana Paula Vieira de Carvalho, em sentença proferida na ação penal nº 99.0046981-0/RJ, ao julgar o famoso caso dos bancos Marka e Fonte Cindam:

“Por todo o exposto, parece claro que o proveito ilícito obtido pelo particular, por meio da conduta do funcionário público, não necessita causar um dano patrimonial aos cofres públicos, porque, no peculato, o bem jurídico tutelado, de forma principal, não é o patrimônio, mas sim a probidade no exercício da função pública.”

Ressalte-se, ainda, que, não obstante o patrimônio da Administração não precise ser necessariamente lesado para que se caracterize o crime em tela, quando acontecer de o prejuízo causado ser relevante, maior gravidade terá a conduta, até porque tenderá a se traduzir também em uma violação aos deveres do funcionário público com ainda maior repercussão.

Assim, a questão do dano material, geralmente financeiro, embora possa ser um traço importante, até mesmo no campo probatório processual penal, para identificação da presente prática delitiva, não deve ser visto como algo absolutamente indispensável à configuração do peculato, especialmente quando se tratar da modalidade de desvio.

Isso implica, também, não se atribuir caráter imprescindível a provas atinentes ao prejuízo econômico da Administração, como, por exemplo, aumento de gastos com gasolina, com contas de telefone, quando o desvio envolva bens que possam gerar tais gastos extras, para que se possa dar andamento a uma ação penal sobre o crime em questão, ou, até mesmo, conforme o restante do conjunto probatório, para que se possa proferir um decreto condenatório.

2.3 Princípio da insignificância

Quando se fala em crimes que geram ou podem gerar ofensa patrimonial, impossível deixar de lado a análise do princípio da insignificância, obrigatoriamente aplicável a fatos de pouca relevância caso se pretenda compatibilizar a incidência do direito penal com a realidade sociocultural hodierna. Ainda que a ação imputada seja formalmente típica, deve-se ter em conta que a tipicidade não se restringe à singela adequação de uma determinada conduta ao teor descritivo da lei. Para sua configuração, imperioso que a objetividade jurídica tenha sido efetivamente afetada. Veja-se a lição doutrinária de Carlos Vico Mañas (1994, p. 53) acerca do tema:

“Para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o direito penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade. A concepção material do tipo, em consequência, é o caminho cientificamente correto para que se possa obter a necessária descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não mais são objeto de reprovação social, nem produzem danos significativos aos bens jurídicos protegidos pelo direito penal.”

Francisco de Assis Toledo (1994, p. 133) segue linha de raciocínio similar:

“Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. Assim, no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art. 334, § 1º, *d*, não será certamente a posse de pequena

quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária de certa expressão para o Fisco;”

Nos tempos atuais, a viabilidade da aplicação do princípio da insignificância é de ser acatada, porque serve para evitar que sejam alcançados pelo direito penal, que tem incontroverso caráter fragmentário, fatos apenas formalmente típicos, mas que não causem prejuízos relevantes – não previstos pelo legislador no momento de redação dos tipos.

Além dessas considerações, cabível registrar que o uso – também pelos aplicadores das leis – de técnicas de interpretação normativa que tragam soluções socialmente tidas como justas deve ser incentivado sem reservas. Nessa linha de entendimento, há de se pensar que a persecução criminal deve ser selecionada, até para se fazer com que os agentes públicos dela encarregados não se ocupem de processos de pouca relevância, mas, ao contrário, envidem seus esforços na resolução de causas de maior impacto e realmente significativas à sociedade.

Ressalte-se que a definição do que é crime de bagatela tem sido feita pelos tribunais, nos casos de descaminho, por exemplo, com base preponderantemente em uma situação objetiva, qual seja, o valor dos bens apreendidos, o valor do tributo a ser pago ou o valor desse acrescido de multa. Já em delitos como o peculato, certamente a aferição há de ser procedida em relação ao próprio prejuízo gerado pela conduta, quando ele existir.

O critério que atualmente vem predominando na jurisprudência atinente aos crimes fiscais, em que é mais comum a discussão sobre a sua incidência, ao menos no âmbito federal, é o do valor de dez mil reais. Mas tal quantia não foi escolhida sem algum fundamento concreto ou por mera estimativa. O que se valorou, essencialmente, para a adoção de tal “limite da insignificância” foi a dispensa concedida por lei à União de execução de créditos inferior àquele valor. Nesse sentido dispôs o artigo 21 da Lei nº 11.033/2004, alterando a redação do artigo 20 da Lei nº 10.522/2002:

“Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).”

Ora, se o próprio credor do tributo sonegado quando do ingresso clandestino das mercadorias no país, o que ocorre no descaminho, demonstra o seu desinteresse em cobrar tal dívida, menor importância ainda teria eventual intervenção do Direito Penal no caso concreto, justamente porque esse tipo de delito visa à proteção da ordem tributária, cuja lesão sofrida foi tão pequena que sequer autorizaria a propositura de execução fiscal para exigência do valor devido, se fosse o caso.

No que tange ao crime de peculato, porém, algumas ressalvas precisam ser feitas. Primeiro, conforme já dito, que o valor a ser considerado é o do próprio prejuízo causado, não havendo que se comparar isso com os parâmetros de crimes tributários, pois aqui o bem lesado não é apenas o patrimônio, aliás, esse sequer precisa ser efetivamente lesado para que possa surgir o crime. Segundo, não existe um parâmetro objetivo para se quantificar a lesão a princípios que norteiam a Administração e o agir de seus integrantes.

A partir daí surge um terceiro ponto que deve ser melhor aprofundado: cabe aplicar o princípio da insignificância em crime que não é puramente patrimonial? Entende-se que a resposta depende de algumas variáveis.

Inicialmente, a posição jurisprudencial era mais rigorosa quanto à inaplicabilidade do princípio em tela a crimes que atingissem a Administração Pública e seus princípios, até porque haveria bens tutelados de valor inestimável. Ainda há julgados recentes que defendem isso claramente,⁽⁶⁾ inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Por outro lado, geralmente amparados em precedentes do Supremo Tribunal Federal para o peculato previsto nos crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores⁽⁷⁾ ou na legislação penal

militar, passaram outros acórdãos a aceitar a sua incidência mesmo em delitos como o presente, quando pequena a magnitude da lesão causada.(8)

Na verdade, o que se pode constatar é que o princípio da insignificância não pode ser completamente ignorado mesmo em delitos como peculato, pois, efetivamente, muitas vezes a lesão patrimonial é ínfima, e a própria violação à moralidade, à legalidade, à probidade, enfim, a algum princípio da Administração Pública também é muito pequena. Contudo, isso não significa que o critério deve ser estritamente semelhante ao dos crimes patrimoniais, até porque, conforme visto, o peculato pode ser configurado mesmo na ausência de prejuízo material, o que não quer dizer que seja necessariamente insignificante. É muito mais grave à Administração, por exemplo, um peculato-desvio via uso de instalações públicas para fins pessoais ao longo de vários meses ou anos, ainda que sem consumo concreto ou mensurável de recursos materiais para isso, do que um peculato-apropriação de um lápis. Em uma comparação como essa, parece muito mais justo que se aplique a insignificância ao segundo caso, e não ao primeiro, até porque nesse haveria certa perenidade no desvio cometido, uma constante violação dos princípios administrativos, enquanto no outro caso se trataria de uma ação isolada.

Difícilmente, entretanto, o contrário poderá ocorrer, ou seja, pelo fato de poder haver um peculato sem prejuízo econômico que não seja insignificante, o mesmo tipo de crime, mesmo com alto prejuízo econômico, possa não ser penalmente significativo. É que, nessa hipótese, de acordo com o que já foi exposto, a relevância do dano patrimonial tenderá a repercutir com força também na violação aos princípios atinentes à Administração Pública. Não se concebe, por exemplo, que um único ato de desvio (ou mesmo de apropriação ou furto) de recursos de cem mil reais praticado por funcionário público possa ser tido como pouco significativo em termos de lesão à moralidade, à ética, à legalidade, à probidade. Ainda que essas não sejam mensuráveis economicamente quando lesadas, parece claro que a violação a elas se torna maior quando o prejuízo econômico também o for. É como se a violação, no peculato, para chegar ao bem secundariamente protegido, o patrimônio público, tivesse primeiro de passar pelo crivo da relevância do dano à moralidade, à probidade e a outros princípios administrativos. Se puder se vislumbrar que o prejuízo chegou com alta relevância no bem secundário, é porque o dano ao bem primário provavelmente também ocorreu. Já se o dano no bem secundário for pequeno ou inexistente, maior relevância haverá em se perquirir se o primário foi lesado, ainda que de forma isolada.

Conclusão

O fato de o peculato consistir em crime que visa apenas indireta ou secundariamente a proteger o patrimônio da Administração impõe a revisão de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais no sentido de que exigiria, para sua configuração, prejuízo patrimonial. Embora esse até possa ser importante para se caracterizar o crime, não pode ser visto como algo indispensável, especialmente quando se tratar do crime de peculato-desvio.

Desse modo, quando, no campo processual penal, houver maior dificuldade em se obter provas sobre a materialidade do prejuízo, especialmente no campo econômico, isso não poderá significar, necessariamente, uma ausência ou insuficiência de provas para a deflagração da ação penal, nem mesmo, dependendo do restante de elementos colhidos, a impossibilidade de se proferir condenação.

Embora tudo isso não afaste, por outro lado, a eventual aplicação do princípio da insignificância, tal observância exige parcimônia ainda maior em relação ao que ocorre com delitos de mera repercussão econômica ou material, devendo-se aferir não só o montante do prejuízo causado – que, quando for alto, isoladamente já tenderá a significar grave violação à Administração –, mas também se a afronta aos princípios que regem a atuação administrativa ocorreu de forma relevante.

Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal objetivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

MAÑAS, Carlo Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

TOLEDO, Franciso de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Notas

1. Existe também o peculato mediante erro de outrem, também chamado de peculato-estelionato, previsto no artigo 313 do Código Penal, cujas características específicas o distanciam das condutas tidas como relevantes à presente análise, por isso deixa de ser abordado.

2. Podem caracterizar-se como funcionários públicos para fins penais, por exemplo, o estagiário, o terceirizado, a diarista, entre outros, desde que exerçam ao menos temporariamente cargo, emprego ou função pública, sem qualquer vínculo efetivo.

3. "Peculato doloso. Em se tratando de peculato doloso, a reposição do dinheiro apropriado não extingue a punibilidade, nem é fator a ser levado em conta para a redução da pena. O peculato de uso, além de não ser definido como crime no Código Penal vigente, pressupõe que a coisa seja infungível, o que não sucede, em tais casos, com o dinheiro. Recurso extraordinário conhecido e provido." (RE 84175/BA Relator Min. Moreira Alves, julgamento em 20.08.1976)

4. Lei 8.429/92.

5. Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

6. "PENAL. PECULATO. ATIPICIDADE. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. NÃO DEMONSTRAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ART. 327, § 2º, DO CP. 1. A materialidade e autoria delitiva restaram devidamente comprovadas nos autos, pois o réu, valendo-se de sua qualidade de empregado, apropriou-se de valores pertencentes à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. 2. Tratando-se o peculato de figura penal que tutela a moralidade da Administração Pública, não basta o isolado critério econômico do dano para definição do limite de insignificância da conduta, consumando-se o crime independentemente de sua posterior reparação. [...]" (TRF4, ACR 0004173-48.2006.404.7004, Sétima Turma, Relator Nefi Cordeiro, D.E. 02.09.2010)

"HABEAS CORPUS. PECULATO. BENS AVALIADOS EM R\$ 50,00. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. BEM JURÍDICO TUTELADO: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRECEDENTES DA 3ª SEÇÃO DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. A 3ª Seção desta Corte possui jurisprudência pacífica sobre a inaplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, pois não se busca resguardar apenas o aspecto patrimonial, mas principalmente a moral administrativa.

2. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial." (HC 115.562/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 20.05.2010, DJe 21.06.2010)

7. "*Habeas Corpus*. 2. Ex-prefeito condenado pela prática do crime previsto no art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/1967, por ter utilizado máquinas e caminhões de propriedade da Prefeitura para efetuar terraplanagem no terreno de sua residência. 3. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. 4. Ordem concedida." (HC 104286, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma,

julgado em 03.05.2011, DJe-095 DIVULG 19.05.2011 PUBLIC 20.05.2011 EMENT VOL-02526-01 PP-00042 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 425-434)

8. "Direito Penal. Peculato. Funcionário público. Equiparação. Art. 327, § 1º, do CP. Materialidade, autoria e dolo. Insignificância. Pena. 1. Evidenciado nos autos que o acusado, valendo-se das facilidades que o cargo lhe propicia, apropria-se de bens em proveito próprio, causando prejuízo à Administração, impõe-se a sanção do art. 312 do Código Penal. 2. Equipara-se a funcionário público aquele que trabalha para prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de serviços de vigilância noturna em delegacia de Polícia Federal. 3. Sendo irrisória a lesão patrimonial relativa a um dos fatos imputados na peça acusatória (subtração de uma garrafa térmica), mostra-se possível a incidência do princípio da insignificância, ainda que o delito seja cometido contra a administração pública. Precedentes do STF e desta Corte. [...]" (TRF4, ACR 5002519-87.2010.404.7104, Sétima Turma, Relator p/ acórdão Elcio Pinheiro de Castro, D.E. 24.08.2011)

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

FISCHER, André de Souza. Reflexos da ausência do prejuízo material na configuração do crime de peculato. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 60, jun. 2014. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao060/Andre_Fischer.html> Acesso em: 14 jul. 2014.

REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS